Das
Verbrechen der Abtreibung.

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristen-Fakultät der k. Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Dr. iur. Robert Jungmann,
Rechtspraktikant zu Nürnberg.

Nürnberg 1893
Druck von J. L. Stich.

Das
Verbrechen der Abtreibung.

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristen-Fakultät der k. Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Dr. iur. Robert Jungmann,
Rechtspraktikant zu Nürnberg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Nürnberg 1893
Druck von J. L. Stich.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0125

Meinem lieben Freunde

Herrn Paul Josephthal

als ein Zeichen treuer Anhänglichkeit gewidmet.

Der Verfasser.

Geschichte.

I. **Abtreibung (im weitesten Sinne)** ist die naturwidrige Trennung einer Frucht vom Mutterleibe.

Ein derartiger Eingriff in die Entwickelung einer Frucht führt fast regelmäßig den Untergang derselben herbei, sodaß man unter „abtreiben" meist „töten der Frucht durch Abtreibung" versteht. Daneben wird Leben und Gesundheit der Schwangeren in hohem Grade gefährdet oder verletzt; Tod oder langjähriges Siechtum sind häufig Folgen der Abtreibung. Ist die Schwangere verheiratet, so werden zugleich dem Ehemann die Vaterfreuden vereitelt. Außerdem wird durch die Abtreibung dem Staate ein künftiger Bürger entzogen. Ist die Abtreibung in der Absicht, die Frucht hiedurch zu töten, bewirkt, so ist die Handlung nach höheren ethischen Anschauungen unsittlich.

Je nachdem nun der eine oder andere dieser Punkte für die Pönalisierung der Abtreibung Ausschlag gebend war, ändert sich der Thatbestand des Verbrechens der Abtreibung bei den verschiedenen Völkern und im Laufe der Geschichte. Bei der Vergleichung der Rechtsgeschichte der verschiedenen Völker zeigt sich, daß bei niederer Kulturstufe die Abtreibung lediglich als Körperverletzung der Schwangeren aufgefaßt wird; später wurden die Hoffnungen des Ehemannes auf eheliche Nachkommenschaft strafrechtlich geschützt. Bei fortschreitender Entwickelung faßte man die Abtreibung als Beeinträchtigung des Staates auf und suchte den Abtreibungen durch Verbot der Verabreichung von Abortivmitteln entgegenzutreten. Erst das Christentum erklärte jede Vernichtung

des menschlichen Lebens für sündhaft und führte dadurch einen neuen, höheren sittlichen Maßstab in die Welt ein. Der Gesetzgeber, der sich auf diesen ethischen Standpunkt stellte, erhob die Frucht zu einem Rechtsgut und belegte die Angriffe auf dasselbe mit schweren Strafen. Die Neuzeit hat diesen Standpunkt beibehalten, aber die Strafen erheblich gemildert.

In Deutschland hat sich das Verbrechen der Abtreibung nicht nach nationalen Rechtsanschauungen ausgebildet, sondern römisches und hauptsächlich kanonisches Recht verdrängte das germanische. Deshalb wollen wir mit der Betrachtung des letzteren beginnen.

II. **Das ältere germanische Recht** steht, wie das aller auf niederer Kulturstufe stehender Völker, auf dem Standpunkt des reinen Schadenersatzes, wobei es gleichgiltig ist, ob der Schaden vorsätzlich oder fahrlässiger Weise verursacht worden ist. Die Mutter wurde hiebei als die Geschädigte angesehen: es war also kein Verbrechen, wenn sie selbst die Frucht abtrieb; durfte sie ja doch selbst das neugeborne Kind töten oder aussetzen. Nach der lex Frisionum tit. V gehört überhaupt der infans ab utero sublatus et enecatus a matre nicht zu den Personen, deren Tötung durch eine compositio zu sühnen ist. Im übrigen wird die Höhe der Buße für die Abtreibung einer Frucht bestimmt nach dem Wergeld der Schwangeren, nach dem Geschlechte der getöteten Frucht, nach dem Umstande, ob es lebte oder nicht. Die lex Alamannorum in der durch Dagobert veranlaßten Reduktion bestimmt: Si quis mulieri praegnanti abortivum fecerit, ita ut jam cognosci possit, utrum vir an femina fuit; si vir debuit esse cum XII solidis componat; si autem femina cum XXIV. Si neutrum cognosci potest, et iam non fuit formatus in lineamenta corporis, cum XII solidis componat. Es ist also nicht ein Wergeld oder eine Quote des mütterlichen Wergelds zu entrichten, sondern nur die bei allen bußfähigen kleineren Delikten zu bezahlende Buße, welche für den Fall der Abtreibung einer weiblichen Frucht verdoppelt wurde. (Lex

Alamannorum Tit. XCIV.) Im älteren fränkischen Recht ist dagegen für die Tötung einer Frucht Wergeld zu bezahlen, und zwar beträgt dasselbe ein Sechstel des mütterlichen Wergeldes. Vergleiche lex Ripuaria: Si quis partum in foemina interfecerit . . . . centum solidis culpabilis iudicetur. Quod si matrem cum partu interfecerit, septingentis solidis multetur. Ähnliche Bestimmungen finden wir in den leges Langobardorum, und zwar im Edikt des Königs Rotharis: Si quis percusserit ancillam gravidam et abortum fecerit, componat soli III. si autem ex ipsa percussura mortua fuerit, componat eam, simul et quod in utero eius mortuum est. Den gleichen Standpunkt nimmt die lex Baiuwariorum mit dem Zusatze, daß der Thäter auch außer der einmaligen compositio von XII solidi noch alle Jahre einen solidus bezahlen muß, und zwar offenbar für Seelenmessen. Es heißt dort: Si quis liberae mulieri ictu quolibet abortum fecerit, Si mulier mortua fuerit, tanquam homicida teneatur. Si autem tantum partus eius extinguitur, qui nondum vivere inciperat, XX solidis componat. Si autem iam viveus fuerit Vueregildum persolvat, id est LIV solidos et tremissem. Si abortum fecerit, imprimis XII solidos cogatur exsolvere, deinde et posteri singulis annis singulos solidos solvant usque in septimam propinquitatem de patre in filio . . quia (anima) sine sacramento regenerationis abortivo modo tradita est inferis. Si autem ancilla a quacunque persona debilitatem passa fuerit, aut abortum fecerit si adhuc infans vivus non fuit, IV solid. componat; si autem iam vivus fuerit X. Einen wesentlichen Fortschritt gegenüber den bisher angeführten Gesetzen bringt die lex Wisigothorum mit sich, indem sie in der Abtreibung eine Beeinträchtigung des Staates erblickt und die abtreibende Schwangere mit Strafe belegt; zugleich unterscheidet sie zwischen dynamischen und mechanischen Mitteln. In letzterer Hinsicht unterscheidet das Gesetz zwischen einem Freien und einem Sklaven. Veranlaßte ein Freier durch mechanische Mittel bei einer Freigebornen eine Abtreibung, so mußte er

CCL solidos, wenn die Frucht bereits formatus war, und C solidos, wenn sie noch informis war, bezahlen; dagegen erhielt der Sklave 200 flagella und fiel der Mutter zu. War die Frucht einer Sklavin abgetrieben worden, so mußte der Freie XX solidos dem Herrn der Sklavin bezahlen, ebenso der Sklave; der letztere erhielt aber außerdem 200 flagella. Bezüglich der Abtreibung durch dynamische Mittel (potio) ist zu bemerken, daß der die Abtreibung bewirkende Dritte mit der Todesstrafe belegt wurde, während die abtreibende Schwangere si ancilla est, 200 flagella suscipiat, et si ingenua careat libertatem servitio deputanda cui dux iusserit. Wegen der Überhandnahme des Verbrechens der Abtreibung verordnete aber der König Chindasvint, daß die mit dynamischen Mitteln abtreibende Schwangere mit der Todesstrafe oder der Blendung der Augen zu belegen sei, selbst in dem Falle, wenn ihr Ehemann es ihr befohlen oder erlaubt hätte, und daß dann der Ehemann die gleiche Strafe leiden solle.

Die Kapitularien der fränkischen Könige schweigen über die Abtreibung, ebenso Sachsenspiegel, Schwabenspiegel u. s. w. Es ist anzunehmen, daß Gewohnheitsrecht, welches in die Spiegel nicht aufgenommen ist, die Lücke ausgefüllt hat. Bald trat übrigens das römische und noch mehr das kanonische Recht ergänzend ein.

III. **Das römische Recht** kannte in seinen ersten Entwicklungsstufen kein eignes Verbrechen der Abtreibung; denn die menschliche Frucht ist ihm nur mulieris portio, pars viscerum. Deshalb beging die abtreibende Schwangere kein Verbrechen, und der Dritte, der eine Abtreibung verursachte, wurde nur wegen der Körperverletzung der Mutter nach den Grundsätzen der lex Aquilia bestraft. Insbesondere folgte aus der patria potestas das Recht des pater familias, das Kind zu töten, also auch die Frucht zu töten. Die erste Nachricht von einer gerichtlichen Bestrafung gibt uns Cicero in seiner oratio pro Cluentio mit folgenden Worten: Memoria tenebo, Milesiam quandam mulierem, quum essem in Asia, quod, ab heredibus secundis

accepta pecunia, partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; neque iniuria: quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum reipublicae civem sustulisset. Diese Stelle beweist jedoch nichts für die römische Gesetzgebung, wie Rein und Hrehorowicz treffend ausführen; denn einmal handelt es sich um das Urteil eines der so willkürlichen Provinzialstatthalter, und anderseits würde Cicero sich doch auf römische Gesetze und Gerichtspraxis berufen haben, wenn nach denselben eine Verurteilung begründet gewesen wäre. Diese von Cicero berichtete Entscheidung ist als Citat aus Tryphonin in das corpus iuris (l. 39 DXXXXVIII, 19) aufgenommen worden mit folgendem Zusatze: Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est. Die letzten Worte beziehen sich auf ein gleichfalls in das corpus iuris (l. 4 DXXXXVII, 11) aufgenommenes Reskript der Kaiser Severus und Caracalla, das überhaupt die erste gesetzliche Strafandrohung gegen Abtreibung im römischen Rechte bildet; es heißt dort: Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse. Der Gesichtspunkt, aus dem die Abtreibung, abgesehen von der Körperverletzung der Schwangeren, bestraft wurde, ist der der Verletzung der Rechte des Ehemanns; als Strafen sehen wir zeitliches Exil und, wenn die Schwangere gegen Entgelt, accepta pecunia, gehandelt hat, poena capitalis; denn der erste Teil der lex 39 de poenis hat durch die Aufnahme ins corpus iuris zweifellos Gesetzeskraft erlangt. Anderer Ansicht Spangenberg, Horch, Hrehorowicz, welche den ersten Teil nur als eine historische Erzählung, welche von einer Materie zur andern überleiten soll, auffassen. Hrehorowicz insbesondere führt aus, „der Haß sei kein so edles Motiv, als

daß man dadurch eine so bedeutende Strafmilderung hätte motivieren können". Dagegen ist zu erwidern, daß die Gewinnsucht im vorliegenden Falle qualifizierend, nicht der Haß strafmildernd wirkt. Und die Gewinnsucht ist zweifellos ein so gemeines Motiv, daß man dadurch eine bedeutende Straferhöhung motivieren konnte. Dies alles bezieht sich jedoch nur auf die von Ehefrauen und geschiedenen Ehefrauen vorgenommenen Abtreibungen; die unverheiratete Schwangere treibt straflos ab. Diese Behauptung wird scheinbar widerlegt durch l. 18 D ad leg. Corn. de sicc. et ven. XXXXVIII, 8: Si visceribus suis mulierem vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget. Insbesondere ließ sich Rein (Kriminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 447) dadurch verführen, an die allgemeine Bestrafung der Abtreibung im römischen Recht zu glauben, während doch alles darauf hindeutet, daß die genannte lex lediglich die vorher angeführten Stellen ungenau wiederholt und sich eng an das kaiserliche Reskript anschließt, ohne in Widerspruch mit demselben zu treten. Horch führt in dieser Hinsicht überzeugend aus: „Die betreffende Stelle ist aus Ulpian liber 35 ad edictum entnommen. Nun ergibt eine Vergleichung mit l. 13 D de actione ver. amotarum XXV, 2, daß Ulpian im liber 35 von der actio rerum amotarum handelt, wobei er die Ehegatten post divortium im Auge hat. Hier wie in anderen Stellen, so l. 17 D cod. tit., l. 1 D de agnosc. et alend. liberis XXV, 3 bezeichnet Ulpian die Ehefrau post divortium stets als mulier, weil das Wort uxor für sie nicht mehr passend erschien. Wir können also auch in der uns vorliegenden Stelle das Wort mulier in dem Sinne der l. 39 D XXXXVIII, 19 als Ehefrau post divortium auffassen." Auf denjenigen, welcher der Schwangeren ein Abortivmittel verabreicht oder an derselben mit ihrer Einwilligung anwendet, findet Anwendung die l. 38 § 5 D de poen. XXXXIIIV, 19: Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metal-

lum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quodsi eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur. Vielbestritten ist in dieser Stelle die Bedeutung des Zusatzes: „Etsi dolo non faciant.“ Nach Horch a. a. O. S. 8 bedeutet dies: „Ohne Rücksicht darauf, ob er mit der Verschaffung des Abortivmittels Beihilfe zur Abtreibung leisten wollte oder nicht.“ Was kann aber jemand, der einer Person ein Abortivmittel verschafft, anderes wollen, als zur Abtreibung Beihilfe leisten? Eine andere Meinung geht dahin, dolus im Sinne dieser Stelle sei als Tötungsvorsatz und die Worte „quodsi eo mulier aut homo perierit“ als der diesem dolus kongruente Erfolg anzusehen. Mit Recht bemerkt Horch im Anschluß an Spangenberg, es sei undenkbar, daß die Stelle mit den Worten „etsi dolo non faciant“ einen Tötungsvorsatz gegen die Schwangere geradezu zur regelmäßigen Voraussetzung machen wolle. Dagegen wird in den meisten Fällen Tötungsvorsatz gegen die Frucht vorliegen; dadurch könnte man sich verführen lassen, den Zusatz dahin zu deuten, daß die angedrohte Strafe auch dann einzutreten habe, wenn der Thäter zwar eine vorzeitige Trennung der Frucht vom Mutterleibe, aber nicht den Tod der Frucht herbeiführen wolle. Eine derartige Auslegung wäre aber falsch, da dem Römer der Fötus nur eine pars viscerum ist, sodaß ein ausschließlich gegen den Fötus gerichteter dolus nach römischer Auffassung undenkbar ist. Die richtige Lösung ist wohl nur dem möglich, der die Bindingsche Ansicht über die Bedeutung des Wortes dolus (Binding, Normann I § 50 ff.) teilt. Etsi dolo non faciant muß bedeuten: Auch wenn die Verabreicher der Abortivmittel weder aus gemeinen Motiven handeln, noch List anwenden, noch die abtreibende Wirkung verheimlichen, wenn sie also das Mittel offen und ohne Hehl als Abortivmittel vorsätzlich abgeben, sollen sie bestraft werden. Qualifiziert ist das Verbrechen, wenn durch den Gebrauch des Mittels der Tod der Schwangeren verursacht wird. Ist die Abtreibung gegen den Willen der Schwangeren erfolgt, so stand dieser zweifellos neben der actio legis Aquiliae die actio iniuriarum zu.

IV. **Das kanonische Recht** betrachtet die Abtreibung von einem neuen Standpunkt aus. Ihm gilt die Frucht im Mutterleibe bereits als ein Mensch und zwar als ein noch ungeborner Mensch; da aber jede Vernichtung menschlichen Lebens sündhaft ist, wird auch die Abtreibung als Sünde angesehen und als Verbrechen bestraft, als homicidium. Doch wird hiebei auf die Reife der Frucht insofern Rücksicht genommen, als nur die Abtreibung eines foetus animatus d. i. einer beseelten Frucht als homicidium gilt. Diese merkwürdige Unterscheidung zwischen embryo formatus, animatus, vivificatus und embryo informatus, inanimatus, nondum vivificatus ist hervorgegangen aus der irrigen Auffassung einer Stelle des mosaischen Rechtes. Das mosaische Recht, das die Abtreibung ganz wie das ältere deutsche Recht lediglich vom Gesichtspunkt des Schadenersatzes betrachtet, bestimmt nämlich (2. Buch Mosis Kapitel 21 Vers 22—25): „Wenn sich Männer hadern, und verletzen ein schwanger Weib, daß ihr die Frucht abgeht, und ihr kein Schade widerfährt; so soll man ihn um Geld strafen, wieviel des Weibes Mann ihm auflegt, und soll es geben nach der Theidingsleute Erkennen. Kommt ihr aber ein Schade daraus; so soll er lassen Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brand um Brand, Wunde um Wunde, Beule um Beule." Die 70 Dolmetscher machten nun im Anschluß an diese Stelle den im Grundtexte gar nicht enthaltenen Unterschied *καὶ ἐξέλθῃ τὸ παιδίον αὐτῆς μὴ ἐξεικονισμένον, ἐὰν δὲ ἐξεικονισμένον ἦ*: für den ersten Fall habe Moses eine Geldstrafe, für den letzteren die Todesstrafe verfügt. Augustinus suchte dies im Hinblick auf die Schöpfungsgeschichte des Adam damit zu erklären, daß erst der Körper gebildet sein müsse, bis er eine Seele empfange, und stellte dem embryo formatus, dem ausgebildeten und nun mit einer Seele begabten, den embryo informatus, den unbeseelten gegenüber. Diese Ausführungen Augustins nahm Gratian in das Dekret auf (Caus XXXII, qu. 2, c. 7, 8, 9 und 10). Damit ging die Unterscheidung in das kanonische Recht über und

hat sich Jahrhunderte lang im Strafrecht erhalten. Zwar hob Papst Sixtus V. den Unterschied durch eine Bulle vom Jahre 1588 auf, aber der Papst Gregor XIV. stellte ihn durch eine Bulle vom Jahre 1591 wieder her. Als Zeitpunkt der Beseelung wurde von den Glossatoren mit Rücksicht auf die im 3. Buch Moses Kapitel 12 Vers 2—6 enthaltene Vorschrift, daß eine Mutter, welche einen Knaben geboren hat, 40 Tage, wenn sie ein Mädchen geboren hat, 80 Tage lang den Tempel meiden muß, der 40. bezw. 80. Tag seit der Befruchtung angenommen, quia tot (XL) diebus mortuus est infans ante infusionem animae, sed foetus femineus LXXX diebus. Dazu bemerken die Glossatoren noch: Anima maribus citius infunditur quam feminis. (Decr. Grat. p. I. dict. V.) In der Praxis wurde ohne Berücksichtigung des Geschlechtes des Fötus allgemein der 40. Tag als Tag der Beseelung angenommen. Der Abtreiber der beseelten Frucht wurde als homicida mit dem Tode bestraft, bei Abtreibung einer unbeseelten Frucht trat Geldstrafe ein. Aus den Gründen der Pönalisierung folgt, daß die Schwangere selbst Subjekt des Verbrechens der Abtreibung sein konnte.

V. **Die Carolina** schloß sich ganz dem kanonischen Rechte an; es heißt dort unter dem Titel „straff der jhenen so schwangern weibßbilden kinder abtreiben" im Artikel 133 fast gleichlautend dem Artikel 158 der Bambergensis: „Item so jemandt eynem weibßbildt durch bezwang, essen oder drincken, eyn lebendig kindt abtreibt, wo auch mann oder weib unfruchtbar macht, so solch übel fürsetzlicher und boßhafftiger weiß beschiecht, soll der mann mit dem schwerdt als eyn todtschläger, und die fraw so sie es auch an jr selbs thatte, ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden. So aber eyn kindt, das noch nit lebendig war, von eynem weibßbildt getriben wurde, sollen die urtheyler der straff halber bei den rechtsurständigen oder sonst wie zu end dieser ordnung gemelt radts pflegen." Hugo Meyer muß einen lückenhaften Text vor Augen gehabt haben, wenn ihm auffällt, daß die CCC die Schwangere, die selbst die Frucht abtreibe,

nicht erwähne; es heißt doch „und die fraw so sie es auch an jr selbs thatte". Und zwar trifft sie die poena cullei, die Strafe des Ertränkens. Damit wird die Abtreibung der Kindstötung gleichgesetzt; sie bildet ein Tötungsverbrechen d. h. zur Vollendung gehört der Tod der Frucht als Folge der verbrecherischen Handlung. Der Kausalzusammenhang wird nicht präsumiert, wie Spangenberg annimmt, sondern muß bewiesen werden. Dies ergibt sich aus den Worten „durch bezwang, essen oder drincken abtreibt", wonach der Gebrauch der Mittel den eingetretenen Erfolg verursacht haben muß. Welche Mittel angewandt worden sind, ist gleichgiltig; denn zweifellos wollte die CCC mit den Worten „bezwang, essen oder drincken" den Begriff des Verbrechens nicht auf ein bestimmtes Mittel der Abtreibung beschränken. Zu bemerken ist auch, daß die CCC nur die dolose Abtreibung mit Strafe bedroht, die fahrlässige dagegen straflos läßt, wie uns die Worte „so solch übel fürsetzlicher und boßhafftiger weiß beschiecht" beweisen. Was die Strafen anlangt, so findet die poena cullei nur auf die Schwangere selbst Anwendung, sonstige Frauen und die Männer werden mit der Schwertstrafe belegt. Dies ist übrigens lebhaft bestritten, unter anderen v. Waechter. Endlich unterscheidet die CCC die Abtreibung eines lebendigen Kindes von der eines Kindes, das „noch nit lebendig" war, und hat damit die Unterscheidung des kanonischen Rechtes zwischen foetus formatus und foetus informatus adoptiert. Die Frage, wann das Leben beginne, blieb offen; die Praxis nahm meist im Anschluß an das kanonische Recht den 40. Tag als den Tag der Belebung an. Die sächsischen Konstitutionen stellten eine andere Unterscheidung auf (Berlich, Carpzov): die Hälfte der Schwangerschaftszeit und (da die Ermittelung dieses Zeitpunktes meist sehr schwierig, ja unmöglich ist) der Umstand, ob das Kind im Mutterleibe sein Leben durch Bewegungen angedeutet habe, sollten die Grenze bilden. Letzteres war das allein richtige, indem nicht an den Eintritt des Lebens der Frucht, sondern an den Eintritt der Lebenserscheinungen angeknüpft wurde.

Die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller findet die ganze Unterscheidung zwischen belebtem und unbelebtem Fötus unsinnig, da das Leben des Fötus sich von dem Momente der Konzeption bis zu dem der Geburt gleichmäßig entwickle; sie verkennt aber den Umstand, daß die Abtreibung im ersten Stadium der Schwangerschaft und die im späteren Verlaufe derselben, zumal wenn das Kind sein Leben bereits durch Bewegungen andeutet, in derartig verschiedenem Maße strafbar sind, daß ein Strafensystem ohne Freiheitsstrafe diesem Unterschiede nur dadurch Rechnung tragen konnte, daß es einen Zeitpunkt für den Beginn der nur für die zweite Schwangerschaftshälfte passenden Tötungsstrafe festsetzte. Gewiß hat es niemals der Rechtsanschauung irgend einer Zeit entsprochen, eine Schwangere, die im ersten Monat der Schwangerschaft die Frucht abgetrieben hat, als homicida mit der Todesstrafe zu belegen. Dies war aber die Folge der Aufhebung jenes Unterschieds (andrer Meinung Hrehorowicz S. 75). Deshalb war die Weglassung jener „unsinnigen" Unterscheidung durchaus kein Vorzug der oben erwähnten Bulle des Papstes Sixtus V.; denn der Umstand, daß schon nach drei Jahren Gregor XIV. die Unterscheidung in die Strafrechtspflege wieder einführte, beweist, daß die Praxis dieselbe nicht entbehren konnte.

VI. Die **deutsche Partikulargesetzgebung** konnte den Unterschied zwischen foetus animatus und foetus inanimatus fallen lassen, da sie durch die dehnbare Freiheitsstrafe dem Unterschied zwischen Abtreibung in einer früheren und in einer späteren Periode der Schwangerschaft genügend Rechnung tragen konnte. Nur das preußische Landrecht Th. II, Tit. 20 § 986 bringt eine neue Unterscheidung: Je nachdem die Abtreibung innerhalb der ersten 30 Wochen der Schwangerschaft oder später erfolgte, ist die Strafe verschieden normiert. Auch nach dem Strafgesetzbuch für Hannover vom Jahre 1840 gilt die größere Reife der Frucht als Straferhöhungsgrund. Sehr praktisch war die Bestimmung mehrerer Strafgesetzbücher, darunter des bayerischen von 1813, daß der Kausalzusammenhang zwischen der Anwendung der

Abortivmittel und dem eingetretenen Erfolg nicht nachzuweisen, sondern zu präsumieren sei. Die interessanten Bestimmungen des alten bayerischen Gesetzbuches seien hier im Wortlaut angeführt:

Art. 172. Wenn eine Mutter, welche mit einem unzeitigen oder todten Kinde niedergekommen ist, zuvor äußere oder innere Mittel, welche eine zu frühzeitige Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, in rechtswidrigem Vorsatze angewendet hat, so ist dieselbe der Strafe des vier- bis achtjährigen Arbeitshauses unterworfen.

Art. 173. Gleicher Strafe macht sich teilhaftig:

I. Jeder Andere, welcher an einer Schwangeren solche Handlung (Art. 172) vorgenommen hat; wenn aber

II. eine solche Handlung wider Willen der Mutter geschehen ist, so soll der Verbrecher schon wegen der bloßen Anwendung abtreibender Mittel ohne Erfolg, mit der im Art. 172 angedrohten Strafe, und

III. wenn zugleich die Mutter dadurch in Lebensgefahr gesetzt oder ein andauernder Nachteil an ihrer Gesundheit gestiftet worden, mit sechzehn- bis zwanzigjährigem Zuchthause bestraft werden.

IV. Ist endlich der Tod der Mutter daraus entstanden, so hat der Thäter das Leben verwirkt.

Die neuere Gesetzgebung (Bayern 1861) hat die Präsumption des Kausalzusammenhanges nicht mehr zugelassen. Von sonstigen Abweichungen der Partikulargesetzgebung von der CCC sei vor allem erwähnt, daß häufig nicht nur die Tötung, sondern schon die Gefährdung des fötalen Lebens als ein vollendetes Verbrechen bestraft wurde, daß nach manchen Gesetzbüchern (Hessen v. 1841 Art. 269 Abs. 2, Baden v. 1845 § 237) schon die kulpose Abtreibung als strafbar galt. Andererseits wurden alle erdenklichen Nebenumstände und Beweggründe eingehend berücksichtigt. So war es z. B. auf das Strafmaß von Einfluß, ob die Handlung wider Willen oder mit Einwilligung der Schwangeren geschah (in allen Partikulargesetzbüchern), ob die Abtreibung gewerbs-

mäßig vorgenommen wurde (Bayern von 1861 Art. 244, Hessen von 1840 § 283), ob Medizinalpersonen die Thäter waren (Hessen § 285), ob die Frucht von einem ehelichen oder außerehelichen Beischlaf herrührte (Hannover Art. 236, Hessen § 282) u. s. w. Alle diese Verschiedenheiten in der strafrechtlichen Beurteilung der Abtreibung innerhalb Deutschlands sind jetzt beseitigt durch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, dessen Bestimmungen wir im folgenden behandeln wollen.

Geltendes Recht.

I. Das **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich** enthält folgende Bestimmungen über die Abtreibung:

§ 218. Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

§ 219. Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hiezu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

§ 220. Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

II. Durch diese Paragraphen wird das Leben der menschlichen Frucht zu einem Rechtsgut erhoben, d. h. der Gesetzgeber hält die ungestörte Entwickelung und Erhaltung der menschlichen Frucht für wünschenswert und sucht dieselbe deshalb durch seine Normen zu schützen. Irrig ist die vielverbreitete Anschauung, das Strafgesetzbuch fasse den Fötus als eine Persönlichkeit mit selbständigem Recht auf Leben auf, es fingiere durch das Verbot der Abtreibung ein Recht des Fötus auf Leben; es ist das die Verwechslung von Rechtsgut und subjektivem Recht, während doch nicht jedes Rechtsgut auch Objekt von subjektiven Rechten sein muß. Systematisch gewürdigt, schließt sich die Abtreibung an die Verbrechen wider das Leben der Person an; sie gehört aber nicht zu diesen Verbrechen, denn der Fötus ist eben keine Person.

III. Es heißt im Gesetz „abtreibt oder im Mutterleibe tötet". Hiebei ist „abtreiben" zu verstehen als „töten durch Abtreibung". Zwar erklären v. Wächter, Hugo Meyer, v. Liszt u. a. Abtreiben als Bewirken der vorzeitigen Trennung der Frucht vom Mutterleibe, einerlei ob die Absicht des Thäters auf Tötung oder Erhaltung der Frucht gerichtet sei, und der Wortlaut des Gesetzes spricht für diese Ansicht; aber man wird im Hinblick auf die Gründe der herrschenden Lehre deren Meinung annehmen, daß „abtreiben" einschränkend als „töten durch Abtreibung" auszulegen sei. Für diese Frage ist es bedeutungsvoll, aber nicht entscheidend, daß das Reichsstrafgesetzbuch die Abtreibung unter die Verbrechen wider das Leben stellt. Ebensowenig ausschlaggebend, aber ebenfalls wichtig ist die Entstehungsgeschichte des § 181 des preußischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1851, des wortgetreuen Vorbildes unseres § 218. Wir erfahren darüber in Goltdammers „Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten" Teil 2 S. 387 folgendes: „Der erste Entwurf hatte ‚tötet oder vor ihrer lebensfähigen Reife abtreibt', um dadurch die vollendete Wirkung des Mittels allein, also ohne Hinzutritt der natürlichen Wirkung durch die Lebensfähigkeit selbst zu bezeichnen. Die Gesetz-Revisions-Kommission

fand nun, daß dadurch der Fall ausgeschlossen werde, wo die Abtreibung der bereits lebensfähigen Frucht erfolgt und dieselbe dadurch getötet sei. Sie wollte daher allgemein sagen „tötet oder abgetrieben und dadurch getötet hat". Dagegen wurde aber eingewendet, daß die Ärzte die Tötung nur bei schon ausgetragenen, lebensfähigen, nicht aber auch bei unreifen, noch nicht lebensfähigen Leibesfrüchten annehmen würden. Es wurde daher zur Beseitigung aller Zweifel im Entwurf von 1830 nur gesagt „abtreibt", also der Tötung weder im Mutterleibe noch durch Abtreibung ausdrücklich gedacht, weil im ersteren Falle ja stets Abortus eintrete, und es in der Wirklichkeit wohl niemals vorkomme, daß eine Schwangere die Tötung oder Abtreibung zu einer Zeit vornehme, wo die Frucht schon ausgetragen und lebensfähig war, indem sie dabei ihre Gesundheit oder ihr Leben selbst aufs Spiel setze. Die späteren Entwürfe nahmen dagegen die Terminologie des späteren § 181 an, indem allerdings Fälle vorkommen könnten, „wo die Tötung im Mutterleibe selbst erfolge, das Gesetz auch den Unterschied dieser minder strafbaren Tötung vor dem Kindsmord hervorzuheben habe". Trotz des Gleichlautes des § 181 des preußischen Strafgesetzbuches mit dem § 218 des Reichsstrafgesetzbuches dürfen wir letzteren doch nur aus den Worten des Gesetzes selbst erklären; wir dürfen aber auch nicht lediglich die Worte „abtreibt oder tötet", sondern müssen die §§ 218—220 im Zusammenhange und in ihrer Gesamtheit betrachten. Wir argumentieren folgendermaßen:

1. Das Wort „Abtreiben" wird im Volksmund nur im Sinne des Vernichtens der Frucht durch Abtreibung gebraucht; soll die Frucht durch die Abtreibung nicht getötet werden, so spricht man von „Einleiten einer Frühgeburt", „früher gebären machen", „vorzeitig gebären lassen"; aber niemals von „abtreiben".

2. Das Gesetz erwähnt nicht neben der Tötung die Abtreibung; es stellt vielmehr die Abtreibung als den Hauptfall voran und erwähnt nur daneben die Tötung im Mutterleibe als eine Abart der Abtreibung.

3. Abtreibung und Tötung sind einander nicht entgegengesetzt; sondern durch die gleichlautenden Strafpositionen mit einander verbunden.

4. Die Strafen sind zu hoch, als daß ihre Anwendung auf Diejenigen denkbar wäre, welche, ohne die Frucht zu gefährden, eine künstliche Niederkunft bewirken, oder welche tote Früchte abtreiben.

5. Der Gesetzgeber kann nur ein Interesse daran haben, lebende Früchte vor Tötung durch Abtreibung zu sichern; dagegen wird es ihm gleichgiltig sein, wenn tote Früchte abgetrieben werden oder wenn der Abgang lebendiger Früchte um einige Tage verfrüht wird.

Aus all diesen Gründen schließen wir uns der Auffassung an, daß „abtreiben" als „töten durch Abtreibung" zu deuten ist. Diese Ansicht wird vertreten von Berner, Lehrbuch des Strafrechtes S. 473, v. Holtzendorff, Strafrecht II S. 65, Schütze S. 391, Binding, Normen Bd. II S. 514, Horch S. 57, Lue, der Grundriß S. 57 ff., u. a.; sie ist die heute herrschende Lehre. Anderer Meinung die drei oben erwähnten: Hugo Meyer, Lehrbuch des Strafrechtes S. 441, v. Wächter, Im Gerichtssaal, Bd. 29 S. 1 ff. und v. Liszt, Reichsstrafrecht S. 243, u. a.

IV. **Objekt des Verbrechens** ist eine im Mutterleibe befindliche, noch nicht abgestorbene menschliche Leibesfrucht. Von einer Leibesfrucht kann man sprechen, wenn der Same in ein Ei eingedrungen ist und es damit befruchtet hat. Alle Vorkehrungen, welche dieses Eindringen und Befruchten verhindern sollen, sind erlaubt. Die Frucht kann Objekt der Abtreibung sein bis zu dem Moment, wo das Kind aus dem Mutterleibe, wenn auch nur teilweise, heraustritt; die Frucht ist noch Objekt, wenn auch schon die Geburt begonnen hat, wenn schon die naturgemäßen Ausstoßungsversuche eingetreten sind, aber die Frucht sich noch ganz im Mutterleibe befindet. Erst mit dem teilweisen Austritt des Kindes aus dem Mutterleibe hört dasselbe auf, Objekt der Abtreibung zu sein, und wird mögliches Objekt der Kindstötung.

Das Reichsgericht*) hat Recht, wenn es ausführt, der Gesetzgeber habe jedem Kinde ohne Unterschied unehelicher oder ehelicher Abstammung den Schutz des Gesetzes auch schon vor dessen vollendeter Geburt und vor dessen Eintritt in ein selbständiges, von der Mutter unabhängiges Leben noch während des Zustandes, in welchem es sich im Verlaufe des Geburtsvorganges befindet, zugesichert. Dagegen irrt das Reichsgericht bei der Annahme, dieser Rechtsschutz sei dem Kinde wegen der Fassung „in der Geburt" durch § 217 verliehen; denn **§ 218** behandelt doch die Tötung **im** Mutterleibe. Dem klaren Wortlaut des Gesetzes würde es zuwiderlaufen, den § 217 anzuwenden, wenn das Kind noch im Mutterleibe getötet worden ist; erst mit dem teilweisen Austritt des Kindes aus dem Mutterleibe greift § 217 Platz.

Objekt des Verbrechens der Abtreibung ist aber nicht die Frucht allein, sondern es handelt sich hier um ein zusammengesetztes Verbrechen mit zwei Objekten: Die verbrecherische Handlung richtet sich sowohl gegen die Frucht als auch gegen die mit derselben organisch verbundene Schwangere. Deshalb liegt hier, wie die Motive ausführen, ein so erheblicher und gefährlicher Eingriff in die Existenz einer anderen Person vor, daß eine strenge Strafe gerechtfertigt sei. Hat aber die Schwangere eingewilligt, daß ihre eigene Körperintegrität verletzt werde, so muß eine entsprechende Strafminderung bei Aburteilung eines derartigen Falles Platz greifen, wie dies auch im Strafgesetzbuch vorgesehen ist. Dagegen ist es für die Beurteilung der gegen die Frucht gerichteten Handlung einflußlos, ob die Schwangere in die Tötung der Frucht eingewilligt hat oder nicht; denn das Leben der Frucht ist ein selbständiges Rechtsgut, das gegen den Angriff eines jeden, mag der Angreifer ein dritter oder die Schwangere selbst sein, vom Rechte geschützt wird. Der Unterschied zwischen dem Verbrechen nach § 218 und 219 und dem nach § 220 besteht lediglich darin, daß im ersteren Falle die mit der Abtreibung der Frucht verbundene Verletzung der Körperintegrität der Schwangeren

*) Rechtsprechung Bd. V. S. 553.

wegen deren Einwilligung straflos bleibt, während im anderen Falle diese Körperverletzung strenge bestraft wird. „Ohne deren Wissen oder Willen" ist also gleichbedeutend mit „ohne Einwilligung". Demzufolge wird, wie Oppenhoff richtig bemerkt, durch das bloße Wissen der nicht einwilligenden Schwangeren die Anwendbarkeit des § 220 nicht ausgeschlossen (z. B. im Falle, wo der Widerstand der die Absicht des Dritten sofort erkennenden Schwangeren durch Gewalt überwältigt wird); es genügt, wenn die That „ohne den Willen der Schwangeren" geschah, damit den Dritten die Strafe des § 220 treffe. Dies wird auch allgemein anerkannt (Schütze S. 391, Holtzendorff St.-R. II 74, Keßler Gerichtssaal 38, S. 569 u. s. w.); nur Ruedorff glaubt, das Gesetz habe diesen doch so naheliegenden Fall nicht im Auge gehabt. Es genügt auch nicht, wenn der Thäter glaubte, die Einwilligung der Schwangeren annehmen zu dürfen; hat er sich getäuscht, so trifft ihn die Strafe des § 220. Anders liegt die Sache, wenn der Thäter aus einem entschuldbaren Irrtum das Einverständnis der Schwangeren annahm. Mit Recht verneint hier das Reichsgericht mit Entscheidung vom 13. Juli 1887 (E, Bd. XVI, S. 184) die Anwendbarkeit des § 220 und spricht aus, daß § 218 Absatz 3 oder § 219 auf diesen Fall zutreffe. Deshalb hat auch die Unzurechnungsfähigkeit der Schwangeren nicht notwendig die Anwendung des § 220 zur Folge, wohl aber immer, wenn der Thäter die Unzurechnungsfähigkeit gekannt hat; denn nur eine Zurechnungsfähige kann einwilligen. So Geyer II. S. 10, anderer Meinung Olshausen, Oppenhoff, Hälschner, Horch.

Absolut untaugliche Objekte der Abtreibung sind abgestorbene Leibesfrüchte, insbesondere Molen und die Nichtschwangere. Von einer Mole spricht man, wenn ein befruchtetes Ei durch krankhafte Zustände in seiner Entwickelung gehindert ist, so daß eine wahre Schwangerschaft nicht entstehen kann, während eine aus dem zu grunde gegangenen Embryo, aus den verdickten Eihäuten und koagulierten Blute gebildete Masse (ohne Dasein eines Mutter-

kuchens) entsteht, deren Dasein, wie bei der sogenannten Fleischmole (in der eine mit Flüssigkeit gefüllte, von den Eihäuten gebildete, mit sehnen- und knochenartigen Konkrementen versehene Masse ist) oder bei den sogenannten Blasenmolen (wo eine mehr häutige, aus unzähligen Bläschen bestehende Masse sich bildet) die Erscheinungen wirklicher Schwangerschaft erzeugt. Verschieden davon sind die falschen Molen, welche mit keiner Empfängnis zusammenhängen, keinen Embryo enthalten, vielmehr durch koaguliertes Blut oder Hydatiden der Gebärmutter oder Gebärmutterpolypen gebildet sind, ebenso aber eine Ansammlung von Häuten und gestocktes Blut und damit eine im Körper oft längere Zeit bleibende Masse ausmachen, deren Dasein Zeichen der Schwangerschaft hervorruft und Entschluß der für wirklich schwanger sich haltenden Person erzeugen kann, zu Abtreibungsmitteln ihre Zuflucht zu nehmen. Auch andere krankhafte Zustände, z. B. Wassersucht, können in einer Frauensperson die Meinung erregen, sie sei schwanger, und dieselbe zum Gebrauch von Abortivmitteln verleiten. In all diesen Fällen fehlt es an einem tauglichen Objekt der Abtreibung. von Wächter, Hugo Meyer und von Liszt nehmen in konsequenter Durchführung ihrer Anschauung, daß „abtreiben" nicht als „töten durch Abtreibung" aufzufassen sei, ein vollendetes Verbrechen der Abtreibung an, wenn abgestorbene Früchte aus dem Mutterleibe ausgestoßen werden; ebenso Olshausen bezüglich der echten Molen; denn auch die Mole sei eine im Mutterleibe wenigstens eine Zeit lang lebende Frucht. Dagegen nimmt das Reichsgericht und alle, die an die Möglichkeit eines Versuches am absolut untauglichen Objekt glauben, in den genannten Fällen strafbaren Versuch des Verbrechens der Abtreibung an.

Das Reichsgericht hat in konsequenter Durchführung seiner Versuchstheorie sogar folgenden Fall durch Urteil vom 7. Juni 1882 (Rechtsprechung des R. G. Bd. IV. S. 543) für einen strafbaren Versuch der Abtreibung erklärt: Die Ehefrau W. hielt sich irrtümlicher Weise für schwanger und nahm in der Absicht,

die Frucht zu töten, ein nach ihrer Meinung zur Abtreibung taugliches, in Wahrheit absolut untaugliches Mittel zweimal, stand aber von weiteren Einnahmen ab, weil sie wegen des jedes Mal erfolgten Erbrechens die Überzeugung erlangt hatte, das Pulver bleibe doch nicht bei ihr. Nicht einmal ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch soll hier vorliegen. — Nach unserer Anschauung sind die von einer Frauensperson, die sich für schwanger hält, oder von einem Dritten mit Einwilligung der Frauensperson vorgenommenen Handlungen juristisch irrelevant, wenn die Person nicht schwanger oder die Frucht abgestorben war. Bringt dagegen ein Dritter ohne Einwilligung einer Frauensperson derselben ein Abortivmittel bei, während dieselbe überhaupt nicht schwanger ist, so ist er nach § 229 Abs. 1 und 2 zu bestrafen. Wendet er dagegen äußere Mittel an, so finden auf ihn die §§ 223, 224 (z. B. Gebärfähigkeit), 225 und 226 entsprechende Anwendung. Falls der Dritte aber ein physisches Mittel anwenden wollte — er erregte in der nicht schwangeren Frauensperson in Abtreibungsabsicht eine heftige Gemütsbewegung, die bei einer Schwangeren Abtreibung hätte zur Folge haben können, — so bleibt er straflos, weil kein Strafgesetz übertreten worden ist.

V. **Subjekt des Verbrechens** der Abtreibung kann sein

1) die deliktsfähige Schwangere allein,
2) ein deliktsfähiger Dritter mit Einwilligung, d. h. in Gemeinschaft mit derselben — sei es, daß er unentgeltlich oder gegen Entgelt handelt,
3) ein deliktsfähiger Dritter „ohne Wissen oder Willen", d. i. ohne Einwilligung der Schwangeren.

Handelt die Schwangere allein oder in Gemeinschaft mit einem Dritten, so ist sie stets nach § 218, Abs. 1 zu bestrafen; das Verbrechen ist ein delictum proprium der Schwangeren. Selbstverständlich kann jeder Dritte hiezu anstiften oder Beihilfe leisten. Der Dritte als Mitthäter wird nach § 218 Abs. 3 oder § 219 bestraft. Deshalb ist die Hervorhebung des Mitthäterschaftsverhältnisses überflüssig, wenn die Thätigkeit jedes einzelnen

verursachend wirkt. So richtig Urteil des Reichsgerichts vom 25. Februar 1880 (E. I S. 263). Ist die Beihilfehandlung des Verschaffens von Abortivmitteln gegen Entgelt erfolgt, so wird der Dritte nicht als Gehilfe aus § 218 Abs. 1, sondern als Thäter aus § 219 bestraft, wenn die Abtreibung erfolgt ist. Nimmt der Dritte die Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren vor, so ist dieselbe — sie mag auch nur ihren Körper darbieten oder das Abortivmittel sich einflößen lassen — stets als Thäterin aus § 218, Abs. 1 zu bestrafen; denn aus dem natürlichen Verhältnis zwischen Mutter und Kind folgt für die Schwangere die Rechtspflicht, ihre Frucht vor Schaden zu bewahren. Verletzt die Schwangere diese Pflicht, so beseitigt sie vorsätzlich eine der vom schädlichen Erfolg hinwegstrebenden Bedingungen. Da der verbrecherische Erfolg von ihrer Mitwirkung abhängig ist, so unterstützt die Schwangere durch ihr Thun oder Unterlassen nicht ein fremdes Verbrechen, sondern sie führt damit den verbrecherischen Erfolg selbst herbei. Sie ist Thäterin, mag sie auch nur das eingeflößte Mittel verschluckt oder den ihr möglichen Widerstand — der Schwangerschaftszustand schließt selbstverständlich einen mit körperlicher Anstrengung verbundenen Widerstand aus — unterlassen haben. Anderer Meinung die herrschende Lehre und das Reichsgericht. Selbstverständlich kann die Schwangere selbst aus einem allgemeinen Schuld- oder Strafausschließungsgrunde, z. B. weil ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, straflos sein. Sie ist dann thatsächlich, aber nicht im strafrechtlichen Sinne Thäterin; hat der Dritte den Mangel der Handlungsfähigkeit gekannt, so ist er aus § 220 zu bestrafen. — Nach Pfizer Gerichtssaal Bd. 28 S. 36 ff. wäre die Schwangere die alleinige Thäterin in den Fällen der §§ 218 und 219, der Dritte nur Gehilfe, allerdings unter Umständen „Hauptgehilfe" mit „wesentlicher Beihilfe, welche von der Miturheberschaft im Grunde nicht mehr zu unterscheiden sei". Das ist eben ein Mitthäter! Handelt der Thäter mit Einwilligung der Schwangeren, so ist er in verschiedenem Maße strafbar, je nachdem er ohne

oder gegen Entgelt gehandelt hat. „Das hier besonders verwerfliche, an den Banditenmord erinnernde Motiv der Gewinnsucht“ ist als ein Straferhöhungsgrund*) verwertet. Leider wird derjenige durch § 219 nicht getroffen, der einem Andern, nicht der Schwangeren selbst, ein Abortivum gegen Entgelt verabreicht hat, ebensowenig der, der ein relativ taugliches, aber im einzelnen Falle erfolglos gebliebenes Abtreibungsmittel verschafft hat. „Gegen Gewährung von Entgelt“ bedeutet gegen „Gewährung irgend eines Vermögensvorteils“. Daß ein solcher schon in dem Kaufpreis enthalten ist, ist nur dann zu bejahen, wenn derselbe im einzelnen Falle höher als der sonst übliche Preis des Mittels ist. Als unentgeltlich ist die Abtreibungshilfe anzusehen, wenn nachträglich ein weder erwartetes noch versprochenes remuneratorisches Geschenk angenommen wird.

Handelt der Dritte „ohne Wissen oder Willen“ der Schwangeren, so unterliegt er der Strafe aus § 220. Wir haben oben ausgeführt, daß es sich um die Einwilligung der Schwangeren in die Verletzung **ihrer** Körperintregität, nicht um die Einwilligung der Schwangeren in die Verletzung und Tötung der Frucht handle. Wir ziehen daraus folgende Konsequenzen: § 220 greift Platz, wenn die Schwangere von der Abtreibung Kenntnis hatte, dieselbe aber nicht wollte. Dagegen trifft § 220 nicht zu, wo die Schwangere dem Dritten bloß erlaubte, die Frucht lebend abzutreiben. In diesem Falle hat die Schwangere straflos zu bleiben, der Dritte, der die Frucht tötet, ist aus § 218 Abs. 8 oder § 219 strafbar. Anderer Meinung Oppenhoff, Olshausen, Horch. Eine weitere Konsequenz ziehen wir aus unserer Ansicht in strafprozessualer Hinsicht: Wir betrachten nicht § 220 als eine Verschärfung des § 218 Abs. 3, sondern finden in der „Einwilligung der Schwangeren“ einen strafmindernden Umstand (Strafprozeßordnung § 262 Abs. 2, § 307). Wird dieselbe festgestellt, so wird statt des § 220 § 218 Abs. 3 anwendbar. Anderer Meinung

*) Urteil des Reichsgerichts vom 30. Mai 1892 (E. Bd. XXIII S. 147).

Olshausen und die herrschende Lehre; Oppenhoff ist der hier vertretenen Ansicht und führt weiter aus: „Deshalb bedarf es in der Anklage und in der Feststellung nicht der ausdrücklichen Hervorhebung, daß die That ‚ohne Wissen oder Willen' der Schwangeren geschehen sei; ebenso schließt die Beseitigung dieses Moments durch die Geschworenen die Anwendung des § 220 nicht aus; vielmehr trifft derselbe zu, falls die vorsätzliche Handlung selbst und nicht gleichzeitig die Einwilligung der Schwangeren festgestellt wird, mag letztere in der Frage gänzlich mit Stillschweigen übergangen oder von den Geschworenen für ‚nicht erwiesen' erklärt sein." Lehrreich und zutreffend ist der in Oppenhoff, Rechtsprechung des Kgl. Obertribunals in Strafsachen Bd. VII S. 687 abgedruckte Antrag des Generalstaatsanwalts zu O. T. vom 5. Dezember 1866. Selbstverständlich greift die Strafminderung auch Platz, wenn der Dritte in entschuldbarem Irrtum an die Einwilligung der Schwangeren glaubte; er kannte z. B. deren Unzurechnungsfähigkeit nicht.

VI. Die **Handlung** beim Verbrechen der Abtreibung besteht in einem „Anwenden" oder „Beibringen" von Abortivmitteln. „Anwenden" deutet auf den Gebrauch äußerer, mechanisch auf den Leib der Schwangeren wirkender Mittel oder psychischer Einwirkungen. Holtzendorff verneint die Strafbarkeit psychischer Einwirkungen; er spottet mit Recht über die sonderbare Meinung, daß die Mutter selbst durch psychische Mittel den Fötus aus ihrem Leibe hinausärgern könnte; dagegen ist es doch recht wohl denkbar, daß ein Dritter durch die vorsätzliche Erregung einer heftigen Gemütsbewegung in der Schwangeren mit Erfolg eine Abtreibung zu bewirken sucht, was zweifellos strafbar wäre. „Beibringen" bezeichnet das unmittelbare Einbringen eines innerlich wirkenden Mittels in den Körper der Schwangeren. Das Wort „beibringen" würde, wie Oppenhoff richtig bemerkt, auch Einimpfen und Einspritzen umfassen; aber derartig anwendbare Abortivmittel sind z. Z. unbekannt. Kein Gynäkologe kennt ein derartig anwendbares Mittel. Diesen Haupthandlungen des Anwendens und

Beibringens wird im § 219 die Beihilfehandlung des Verschaffens eines Abortivmittels gegen Entgelt gleichgesetzt und dadurch zum selbständigen Verbrechensthatbestand erhoben, während das Verschaffen ohne Entgelt nach den allgemeinen Grundsätzen über Beihilfe zu bestrafen ist. Jedoch ist die Anwendbarkeit des § 219 ebenso wie die des § 218 Abs. 3 durch die vollendete Tötung der Frucht bedingt. Es handelt sich nicht etwa um eine inkorrekte Fassung des § 219, sondern die Motive bestätigen den Sinn des Wortlautes mit den Worten: „Voraussetzung ist auch in diesem Falle, daß die Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht erfolgt ist." Daraus folgt, daß der Dritte, wenn die Tötung der Frucht nicht gelungen ist, nur aus § 218 Abs. 1 zu bestrafen ist, und zwar je nachdem er der Schwangeren die Mittel nur verschafft hat, wegen Beihilfe zu einem Versuch des Verbrechens nach § 218 Abs. 1 oder aber die Mittel der Schwangeren beigebracht bezw. bei ihr angewendet hat, wegen Versuchs des Verbrechens nach § 218 Absatz 1. Hat die Schwangere im ersteren Falle das Mittel überhaupt nicht gebraucht, so bleibt der Dritte straflos. Warum der Gesetzgeber die größere Strenge gegen den gewinnsüchtigen Thäter aufgibt, wenn es beim Versuch geblieben ist, ist unerfindlich, berechtigt jedoch nicht dazu, in den klaren Wortlaut des Gesetzes hineinzuinterpretieren, wie Hälschner, Olshausen und Holtzendorff thun. Die richtige Ansicht finden wir bei Pfizer, Gerichtssaal Bd. 28 Seite 36, und in der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals und des Reichsgerichts (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen I 350; III 162; IV 302; XVI 25; XXI S. 14). Bezüglich des Verschaffens im § 219 ist noch zu bemerken, daß, nachdem das Verschaffen zu einem selbständigen Verbrechensthatbestand erhoben ist, auch die verschiedenen Arten der Teilnahme Anderer, nicht aber der Schwangeren möglich sind. So v. Kries, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. VII S. 537; anderer Meinung das Reichsgericht (Urteil vom 10. April 1880, E. Bd. I S. 350) und Oppenhoff. Das Wort „verschaffen" drückt aus, daß „eine Bemühung zur Erlangung

allgemein nicht zugänglicher Stoffe oder ein heimliches Feilbieten" stattfinden muß. Es fällt deshalb z. B. ein Droguenhändler, von welchem eine Schwangere mit dem Hinweis auf einen beabsichtigten Abtreibungsversuch allgemein verkäufliche Stoffe (z. B. schwarze Seife) begehrt und einkauft, oder ein Dienstbote, welcher gegen ein Trinkgeld einen zur Abtreibung dienlichen, vorher bestellten Stoff einfach abholt, obgleich er von dem Vorhaben der Schwangeren benachrichtigt ist, nicht unter § 219.

VII. **Mittel zur Abtreibung** gibt es in großer Anzahl und Mannigfaltigkeit, allein nach ärztlichen Erfahrungen gibt es keine Mittel, welche dem Zweck der Abtreibungen unter allen Verhältnissen entsprechen, und die wirklich erfolgte Fehlgeburt nach Anwendung der Abtreibungsmittel gibt keinen Beweis, daß die Fehlgeburt Folge des Mittels gewesen ist; wie es denn überhaupt nicht in der Willkür einer Schwangeren liegt, sich in jeder Zeit der Schwangerschaft der Leibesfrucht zu entledigen. Da aber andrerseits die Fehlgeburt ebenso wohl das Ergebnis natürlicher Ursachen als gewaltsamer Eingriffe sein kann, ist es schwierig, an einem fötalen Produkt die stattgehabte Einwirkung von Abtreibungsmitteln zu erweisen und damit den Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg zu führen. Hiezu kommt noch, daß eine große Anzahl innerer Abtreibungsmittel auch als Heilmittel gegen Krankheit dient, sodaß aus dem Gebrauch derselben noch nicht auf den verbrecherischen Vorsatz geschlossen werden kann, während bei dem Gebrauch mechanischer Mittel wenigstens auf die Richtung des Vorsatzes ein sicherer Schluß gezogen werden kann. Ist ein Erfolg nicht eingetreten, so liegt nur dann ein strafbarer Versuch vor, wenn das angewandte Mittel nach dem Gutachten der Sachverständigen wenigstens relativ tauglich zur Abtreibung war; denn bei absoluter Untauglichkeit, z. B. Trinken reinen Brunnenwassers, ist eben ein Anfang der Ausführung des Verbrechens der Abtreibung nicht vorhanden. Anders das Reichsgericht*) (s. das sub IV abgedruckte Urteil

*) Rechtsprechung in St. S. I. 819; II. S. 56; IV. S. 545; IX. S. 139.

vom 7. Juni 1882). Vergleiche auch folgenden auf staatsanwaltschaftliche Beschwerde hin ergangenen Beschluß des k. Oberlandesgerichts München vom 21. Juli 1891: „Gegen die Angeschuldigte Thekla W. wird wegen eines Verbrechens des Versuchs zu einem Verbrechen wider das Leben das Hauptverfahren vor der Strafkammer des k. Landgerichts Fürth eröffnet, in der Erwägung, daß dieselbe den Entschluß, ihre Leibesfrucht vorsätzlich abzutreiben, dadurch bethätigt habe, daß sie in einer Apotheke zu Fürth um 30 Pf. Windäpfel, die ihr als Abtreibemittel empfohlen waren, verlangte, das ihr als Windäpfel (Kolloquinten) verabreichte Arzneimittel mit Branntwein ansetzte, ein paar Tage stehen ließ und die hieraus gewonnene Flüssigkeit in mehreren Absätzen zu sich nahm, daß aber der beabsichtigte Erfolg nicht eintrat in Folge des vom Willen der Angeschuldigten unabhängigen Umstands, daß ihr in der Apotheke statt der verlangten Windäpfel ein Präparat von unschädlichem Lärchenschwamm mit einer verschwindend kleinen Spur von Windäpfeln verabreicht wurde 2c."

Die innerlichen Mittel wirken primär auf den Organismus der Schwangeren ein und erst durch diesen wieder auf die Frucht, meist in der Weise, daß die Bauchmuskeln in krampfartige Zuckungen versetzt werden, sodaß durch diese natürliche Bauchpresse die Frucht aus dem Leibe herausgepreßt wird.

VIII. **Der Vorsatz** bei der Abtreibung ist in erster Linie Tötungsvorsatz, gerichtet auf die Vernichtung einer lebendigen Leibesfrucht. Da aber diese Frucht pars ventris der Schwangeren ist und die Vernichtung der Frucht nur möglich ist, wenn der Thäter zugleich in die Körperintegrität der mit der Frucht organisch verbundenen Schwangern eingreift, so richtet sich der Vorsatz bei der Abtreibung stets gegen **zwei** Rechtsgüter: Das Leben der Frucht und die Körperintegrität der Schwangeren. Das Leben der Frucht soll getötet werden (s. oben sub III), und in die Körperintegrität der Schwangeren soll insoweit eingegriffen werden, als dies durch die Tötung der Frucht bedingt ist. Dem Thäter mag dies unerwünscht sein, da er aber nur dadurch den angestrebten

Erfolg erreichen kann, so richtet sich stets der gegen das Leben der Frucht gerichtete Vorsatz auch gegen die Körperintegrität der Schwangeren. Wir ziehen aus dieser Ansicht folgende Konsequenzen:

1) Willigt die Schwangere in die Verletzung ihrer Körperintegrität ein, oder nimmt sie selbst die abtreibende Handlung vor, so kann nur wegen der gegen die Frucht gerichteten Handlung Strafe eintreten: statt des § 220 gelangen die § 218 und § 219 zur Anwendung. Die That ist vollendet mit der erfolgten Tötung der Frucht. Der Tötung durch die Abtreibung steht in allen Fällen die Tötung im Mutterleibe gleich. Ebenso ist das Verbrechen vollendet, wenn das lebend zur Welt gekommene Kind in Folge der Abortivmittel stirbt; denn der Tod ist durch die Handlung des Thäters verursacht worden. So richtig Horch; Oppenhoff und Andere nehmen in diesem Falle Versuch an.

2) Das Verbrechen nach § 220 ist vollendet, wenn entweder die Tötung der Frucht gelungen ist oder durch die Handlung eine Verletzung bezw. der Tod der Schwangeren verursacht worden ist; denn mit der Verletzung ist ein Teil des verbrecherischen Vorsatzes (in der Richtung gegen die Schwangere) verwirklicht worden. Für den Fall des Todes der Schwangeren teilen diese Anschauung Hälschner, v. Schwarze, Horch, während Pfizer und Oppenhoff Versuch des Verbrechens aus § 220 Abs. 1 in Idealkonkurrenz mit § 222, Olshausen und Liszt lediglich Versuch des Verbrechens aus § 220 Abs. 1 annehmen. — Daraus, daß das Gesetz im Abs. 2 die Strafe normiert für den Fall, daß durch die Handlung — das Gesetz verlangt nicht, daß die Frucht getötet sein müsse — der Tod der Schwangeren verursacht wird, ist zu schließen, daß Abs. 1 dann Anwendung zu finden habe, wenn durch die Handlung eine Verletzung der Schwangeren verursacht worden ist. Dagegen nimmt die herrschende Lehre in diesem Falle — wenn also die Schwangere verletzt ist, die Frucht aber lebt, — nur Versuch des Verbrechens aus § 220 Abs. 1 an, da sie lediglich den Angriff auf das Leben der Frucht im Auge hat.

3) Ist der von uns oben geschilderte Doppelvorsatz vorhanden, und hat die mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommene Abtreibung den Tod oder eine Körperverletzung der Schwangeren zur Folge, so wird der Dritte nicht wegen eines Verbrechens der Körperverletzung oder Tötung in Idealkonkurrenz mit einem Verbrechen nach § 218 Abs. 3 bezw. 219 bestraft; denn wir haben oben gezeigt, daß in diesen Fällen die Schwangere stets Mitthäterin ist; deshalb wird auch ihr Tod andern Teilnehmern nicht zugerechnet. Im Falle des § 220 dagegen ist schon in dem Strafmaße zugleich die Strafe wegen der an der Schwangeren eingetretenen Verletzung oder Tötung mitenthalten.

4) Kommt zu dem Doppelvorsatz des § 220 noch der Vorsatz, die Schwangere zu töten, hinzu, und wird derselbe durch eine Handlung des Anwendens oder Beibringens von Abortivmitteln bethätigt, so liegt Idealkonkurrenz von § 220 mit 211 bezw. § 212 vor.

5) Ist der von uns geschilderte Doppelvorsatz nicht vorhanden, so greifen die §§ 218—220 nicht Platz. Demgemäß macht sich die Schwangere durch einen Selbstmordversuch nicht der versuchten oder vollendeten Abtreibung schuldig. Ebensowenig ist ein Dritter, welcher die Schwangere vorsätzlich, aber ohne einen gegen das Leben der Frucht gerichteten Vorsatz tötet, gleichzeitig aus den §§ 218—220 strafbar. So Oppenhoff, Holtzendorf, andrer Meinung Olshausen, Horch. Sollte nur eine vorzeitige Geburt herbeigeführt werden, fehlt es also an dem gegen die Frucht gerichteten Tötungsvorsatz, so ist die Handlung im allgemeinen straflos. Nur wenn sie ohne Einwilligung der Schwangeren geschah, wird der Dritte bei Anwendung äußerer oder psychischer Mittel aus den §§ 223, 224, 225, 226, bei Anwendung innerer Mittel aus § 229 Abs. 1 und 2 bestraft. Nach Horch soll die Mutter, welche ihrer Frucht durch Bewirkung einer vorzeitigen Geburt die Rechte eines ehelichen Kindes sichern will, aus § 169 strafbar sein, es liege eine Personenstandsunterdrückung vor. Das ist unrichtig; denn Personenstand ist die rechtlich bedeutsame Thatsache der Zugehörigkeit einer Person zu einer bestimmten

Familie. Im vorliegenden Falle wird aber der Personenstand erst durch den Eintritt der Geburt begründet, kann also durch diesen Geburtseintritt nicht zugleich unterdrückt oder verändert werden.

IX. **Die fahrlässige Abtreibung,** mag sie von der Schwangeren selbst oder von einem Dritten verschuldet sein, bleibt straflos. Insbesondere trifft § 222 nicht zu, wenn das lebend geborne Kind in Folge der kulpos oder ohne Tötungsabsicht geschehenen Abtreibung nach der Geburt gestorben ist. Man wäre versucht, führt Horch aus, hier fahrlässige Tötung anzunehmen, da ja das vom Mutterleibe losgelöste Kind Objekt einer solchen sein kann. Diese Annahme ist aber deshalb unrichtig, weil eine Einwirkung auf das Kind als solches gar nicht mehr stattgefunden hat, die Einwirkung auf den Fötus aber ohne Bedeutung ist, weil dieser nicht Objekt einer fahrlässigen Tötung sein kann. Vor der Abtreibung fehlt es also an einem zum Verbrechen der fahrlässigen Tötung tauglichen Objekt, nach derselben an der jedem Verbrechen notwendig zu Grunde liegenden Handlung. Die Annahme einer fahrlässigen Tötung in diesem Falle würde ferner zu der widersinnigen Konsequenz führen, daß das Gesetz die fahrlässige Abtreibung nur dann nicht bestraft, wenn der schlimmere Erfolg, der Tod des Kindes, schon vor der Geburt eingetreten ist, dagegen mit Strafe bedroht, wenn der günstigere Erfolg eingetreten, das Kind lebend geboren wurde und erst nach der Geburt gestorben ist.

X. Die **Rechtswidrigkeit** wird im Gesetze nicht eigens hervorgehoben, es erscheint dem Gesetzgeber selbstverständlich, daß nur die rechtswidrige Abtreibung der Strafe unterliegt. Rechtmäßig ist die Abtreibung, wenn die Tötung der Frucht zur Erhaltung des Lebens der Schwangeren nötig ist. Kann die Frucht auf natürlichem Wege nicht geboren werden, dann hat die Schwangere zu wählen, ob sie sich der Operation des Kaiserschnittes unterziehen will, oder ob der Arzt die Frucht töten soll. Ist die Schwangere unfähig, zu wählen (sie ist z. B. bewußtlos), so entscheidet der Arzt selbst. Ist die die Schwangere bedrohende

Lebensgefahr eine unmittelbare, so ist nach § 54 die Schwangere oder ein Angehöriger derselben (d. s. Verwandte und Verschwägerte auf- oder absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten und Verlobte) berechtigt, die Abtreibungshandlung vorzunehmen. Außerdem ist der Arzt hiezu berechtigt. Das Recht des Arztes, in den genannten Fällen die Frucht zu töten, ist allgemein anerkannt, wird aber sehr verschieden begründet. Nur Blum (Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund. Zürich und Leipzig 1870) verneint dieses Recht und nimmt lediglich das Vorliegen mildernder Umstände an. Rubo sucht die Handlung aus dem Gesichtspunkt der Notwehr zu rechtfertigen, was gänzlich verfehlt ist, da doch überhaupt kein Angriff auf die Schwangere vorliegt. Am häufigsten wird das Recht des Arztes aus dem Notstand erklärt. So führt z. B. Schwarze aus: „Ein Fall des Notstandes ist die Lage der Gebärenden, wenn ihr Leben nur durch Perforation gerettet werden kann; das Leben des Kindes steht nicht höher als ihr eigenes. Daraus folgt noch nicht, wie mehrfach behauptet worden, daß das Kind lediglich als ein Teil des Mutterleibes Anspruch auf Erhaltung nicht habe. Der Arzt, welcher die Perforation vornimmt, ist eine dritte Person, ist aber, selbst wenn er ohne ausdrückliche Zustimmung der Mutter jedoch mit ihrer Konnivenz, indem sie ihm die Entschließung überläßt oder in ihrem präsumtiven Einverständnisse die Operation vornimmt, nur als das Werkzeug der Mutter, welche die Hilfe nicht selbst, sondern lediglich durch ihn bewirken kann, zu beurteilen". Aber die Mutter ist es doch nicht, welche selbst das perforierte Kind tötet und sich dabei des Arztes als Werkzeug bedient. Der Arzt hat vielleicht die Schwangere gar nicht bei Bewußtsein angetroffen; er kann dann doch nicht deren Entschlüsse, sondern er muß seinen eigenen Entschluß ausführen, auf eigene Verantwortlichkeit handeln; er wird sich nie auf § 54 berufen können. Holtzendorff findet den Grund rechtmäßiger Tötungen nicht bloß in dem verhältnismäßig höheren Rechtswert des geborenen Menschen, also der Schwangeren,

obwohl dieser höhere Rechtswert in der schwereren Strafe der Tötung Erwachsener ausgedrückt sei, noch auch im Notstande, sondern vielmehr darin, daß die Rechtsfähigkeit des Fötus durch die Möglichkeit seiner späteren Geburt thatsächlich bedingt sei. Nun ist aber das Leben der Frucht durch die schützenden Normen des Strafrechts zu einem Rechtsgut erhoben, das unabhängig ist von der späteren Rechtsfähigkeit des geborenen Menschen. Mittermaier sucht das Recht des Arztes zur Tötung der Frucht aus dem Notstand abzuleiten; er bemerkt: „Die Lage, in welcher der Geburtshelfer, der Perforation anwenden soll, sich befindet, ist die eines Mannes, der zur Rettung in einem Falle gerufen wird, wo zwei Personen, die Mutter und das Kind, im Notstande sich befinden, so daß in der Collision beide untergehen müssen, wenn nicht schleunige Hilfe erfolgt. Zwei Leben stehen sich gegenüber, und nur durch Perforation als die Tötung des Kindes kann das Leben der Mutter gerettet werden." Diese Auffassung deckt sich nicht mit den durch den durch den Notstandsbegriff des Strafgesetzbuches gezogenen Grenzen, die nach Stammler (Die strafrechtliche Bedeutung des Notstandes, Erlangen 1878) „in direktem Widerspruch mit unserer Moral, derzufolge es Menschenpflicht ist, seinen Nebenmenschen aus drohender Gefahr zu befreien, im Widerspruche mit der ganzen Sinn- und Denkweise unseres Volkes" stehen sollen. Nach Meyer handelt der Arzt in einem solchen Falle einfach seinem ärztlichen Berufe gemäß, der ihn mindestens berechtigt, wenn nicht ihm gebietet, das noch unselbständige Leben des Kindes dem selbständigen Leben der Mutter zu opfern, und zwar gewiß auch ohne Einwilligung der Mutter beziehungsweise des Vaters. Darauf ist zu entgegnen, daß der Beruf an sich nicht subjektive Rechte statuieren kann, sondern nur das positive Recht. Finkelnburg führt in Holtzendorff's Rechtslexikon aus: „Unter den maßgebendsten Gynäkologen der Jetztzeit herrscht Übereinstimmung darüber, daß unter den oben bezeichneten Umständen, sowie auch dann, wenn die Mutter nicht fähig zur Selbstentscheidung ist, oder

wenn aus irgend einem Grunde der Kaiserschnitt keine Aussicht auf günstigen Ausgang für die Mutter bietet, die Perforation nicht bloß eine erlaubte, sondern eine durchaus gebotene Operation sei. Alle leitenden gynäkologischen Autoren, Scanzoni, Veit, Schröder, Hohl u. s. w. sprechen sich nachdrücklich in dem genannten Sinne aus, der letztgenannte mit dem treffenden Zusatze, „daß in dieser wichtigen Angelegenheit dem Geburtshelfer keine andere Vorschrift als diejenige seines eigenen Gewissens gemacht werden könne." Wir finden den letzten Zusatz durchaus nicht treffend; auch der Arzt darf die Grenzen des positiven Rechtes nicht überschreiten und bleibt nur dann straflos, wenn die Handlung, die er mit seinem Gewissen vereinigen kann, nicht dem Rechte widerspricht. Gibt es doch auch gar nicht selten gewissenlose Ärzte! Außerdem ist der Umstand, daß eine Handlung moralisch ist, noch kein Beweis, daß sie nicht rechtswidrig ist. Es gibt moralische Handlungen, die nach dem positiven Recht strafbar sind.

Darf nun der Arzt nach dem bei uns geltenden Rechte eine Perforation vornehmen, ohne sich einer strafbaren Handlung schuldig zu machen? Wir teilen die Anschauung, daß unser Strafgesetzbuch in dieser Beziehung eine Lücke enthält. Nach unserer Ansicht ist diese Lücke aber bereits ausgefüllt, und zwar nicht durch ein Gesetz, sondern durch die andere große Rechtsquelle des positiven Rechtes et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Das Gewohnheitsrecht ist es, welches die das Leben der Frucht beschirmende Norm ausnahmsweise außer Kraft setzt, indem es den Angehörigen eines gewissen Berufs unter den oben bezeichneten Verhältnissen gestattet, die von der Norm charakterisierte Handlung

vorzunehmen. Den Ärzten wird die Befugnis, das subjektive Recht, zur Vornahme der Handlung erteilt. Töten dieselben in Ausübung dieses Rechtes die Frucht, so fehlt der Handlung die Normwidrigkeit, wodurch auch die Strafbarkeit ausgeschlossen ist. Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes wird auch vom Reichsgericht anerkannt mit den Worten: „Es vermag ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken." Daß aber alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes gegeben sind, wird niemand bestreiten; denn

1. töten die Ärzte seit langen Jahren in den erwähnten Fällen die Frucht;
2. handeln sie dabei in der Überzeugung, von einem *Rechte* Gebrauch zu machen;
3. hat noch kein Staatsanwalt und noch kein Gericht einen Arzt wegen einer derartigen Abtreibung verfolgt oder bestraft;
4. hat das ganze Volk die Überzeugung, daß die Ärzte in Ausübung eines nur ihnen zustehenden Rechtes handeln.

XI. Wann **Vollendung** und wann **Versuch** der Verbrechen nach den §§ 218—220 vorliegt, ist bei der Besprechung aller übrigen Thatbestandsmerkmale bereits implicite schon ausführlich erörtert worden. Hier sei nur noch bemerkt, daß das die Vollendung begründende Moment auch im Urteile ausdrücklich festgestellt werden muß, z. B. im Falle des § 218 Abs. 1 der Tod der Frucht. Mit Recht hat deshalb das Reichsgericht mit Urteil vom 15. April 1890 (E. Bd. XX S. 368) ein Urteil aufgehoben, in welchem lediglich gesagt war, daß durch die Lockerung der Frucht durch Einspritzen von warmem Seifenwasser ihre Weiterentwicklung unmöglich gemacht war, und hat eine klar erkennbare Darlegung verlangt, auf welchen Zeitpunkt der erste Richter das Erlöschen des bis dahin noch vorhandenen Lebens der Frucht verlegt habe.

XII. Hinsichtlich der **Strafen** ist zu bemerken, daß bei Annahme mildernder Umstände im Falle des § 218 Abs. 1 auch den Dritten nur die Strafe des Abs. 2 trifft; denn es sollen auf denselben „dieselben Strafvorschriften" Anwendung finden. Zu erwähnen ist auch, daß nach § 32 in allen Fällen der §§ 218—220 auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

De lege ferenda.

I. Der Gesetzgeber befiehlt oder verbietet den Gesetzesunterthanen bestimmte Handlungen durch die von ihm erlassenen Normen, deren verpflichtende Kraft nicht, wie A. Merkel meint, aus den jeweiligen ethischen Volksanschauungen, speziell aus den Anschauungen über das Gerechte folgt, sondern allein aus dem Rechte des Gewalthabers auf Gehorsam der Gewaltunterworfenen. Aber nicht willkürlich und planlos stellt der Gesetzgeber Normen auf; sondern dieselben sind das Resultat vernünftiger Erwägungen und nach seiner Ansicht bestimmt, entweder das Zusammenleben der Menschen in dem Gemeinwesen zu ordnen oder seinen ethischen Anschauungen zur praktischen Durchführung zu verhelfen. Aus welchen **Gründen** hat nun der Gesetzgeber die Abtreibung verboten? Widerstreitet die Tötung der menschlichen Frucht den Interessen eines Einzelnen oder der Gesamtheit, oder ist die Tötung der Frucht an sich unsittlich?

Vor allem sei hier nochmals wiederholt, daß bei der Abtreibung nicht ein subjektives Recht der Frucht auf Leben verletzt wird. Es kann weder die Frucht ein Rechtssubjekt sein, noch eine Rechtspersönlichkeit des Fötus fingiert werden; die Frucht ist durch die schützenden Normen lediglich zum Rechtsgut erhoben, und nicht jedem Rechtsgut entspricht ein subjektives Recht. Welches subjektive Recht sollte denn z. B. beim Incest verletzt werden?

Dagegen hat die Schwangere ein Interesse, gegen die Abtreibung geschützt zu werden; denn diese Handlung bildet eine Verletzung ihrer Körperintegrität. Aus diesem Gesichtspunkt läßt sich die Strafbarkeit der von einem Dritten ohne Einwilligung der Schwangeren vorgenommenen Abtreibung rechtfertigen; aber ebensowenig wie Selbstmord kann die von der Schwangeren selbst vorgenommene Abtreibung aus dem Gesichtspunkte der Körperverletzung bestraft werden.

Das Interesse des Ehemannes an ehelicher Nachkommenschaft wird durch die von der Ehefrau vorgenommene Abtreibung verletzt, sodaß sich die Bestrafung derselben daraus rechtfertigen läßt; doch dürfte die Strafe der abtreibenden Ehefrau nicht härter sein als die des Ehebruchs, der schwersten Verletzung der Eheordnung. Und wenn der Ehemann eingewilligt hat, müßte sie straflos bleiben. Hrehorowicz ist der Ansicht, der Staat habe ein doppeltes Recht, in diesem Falle strafend einzuschreiten: „Einmal ist er berechtigt und verpflichtet, die Heiligkeit der Ehe als eines zu seiner Existenz notwendigen Instituts zu wahren; es erwachsen aber auch aus der Geburt eines in der Ehe erzeugten Kindes für die Eltern und für Dritte nicht nur Rechte, die der Staat zu gewährleisten hat, sondern auch Pflichten, deren Erfüllung und Achtung er von einem Jeden fordern kann. Es ist daher eine der ersten und am wenigsten zu bezweifelnden Pflichten, die Geburt eines in der Ehe erzeugten Kindes nicht zu verhindern." Dieses doppelte Recht des Staates ist äußerst unklar; auch scheint uns, daß die Abtreibung einer Frucht mit der Heiligkeit der Ehe nichts zu thun hat. Ebensowenig läßt sich aus den durch die Geburt eines Kindes für die Eltern entstehenden Pflichten eine weitere Pflicht konstruieren, die Geburt nicht zu verhindern.

Hat die Gesamtheit, der Staat, ein so großes Interesse, daß keine Frucht in ihrer Entwickelung zum Menschen gehemmt wird? Ist das auferre designatum reipublicae civem ein so großer Schaden, wie Cicero in der oben erwähnten oratio pro

Cluentio Havito annimmt? Wohl könnte dieser Gesichtspunkt in einer Zeit der bedrohlichen Bevölkerungsabnahme, z. B. im heutigen Frankreich und dem Rom des Kaiserreichs, den Gesetzgeber zur Bestrafung der Abtreibung führen; aber bei uns in Deutschland herrscht z. Z. eher eine Übervölkerung, sodaß der Staat an der Frucht kein derartiges Interesse haben kann. Wenn aber ein solches vorläge, so wäre zweifellos das Verbot der Abtreibung dadurch allein genügend gerechtfertigt. In dieser Hinsicht äußert Hrehorowicz folgende Bedenken: „Die Existenz eines Rechtes des Staates auf künftige Bürger ist nicht bewiesen; auch wäre es schwierig, ein solches Recht irgendwie zu begründen.“ Wir können nur beistimmen, wenn man derartige Rechtsmonstra verneint.

Oder ist die Abtreibung unsittlich? Ein Aristoteles und ein Plato haben in der Abtreibung nichts anstößiges gefunden und dieselbe sogar ihren Mitbürgern im Interesse der Wohlfahrt des Staates empfohlen. Heute dagegen herrscht die Anschauung, daß jede Abtreibung unmoralisch ist. Nur Hrehorowicz findet die Abtreibung unehelicher Früchte nicht unsittlich aus folgenden Gründen: „Ist doch ein immerhin sittliches Schamgefühl das Hauptmotiv zur Abtreibung eines unehelichen Kindes, und die Ansicht von der Unsittlichkeit der Abtreibung wurzelt hauptsächlich in der Unsittlichkeit des außerehelichen fleischlichen Umgangs; und die Gesetze haben doch längst aufgehört, diesen zu bestrafen.“ Abgesehen davon, daß die Abtreibung unehelicher Früchte nicht immer aus Schamgefühl erfolgt (vergl. die düsteren Bilder aus der römischen Kaiserzeit), ist zu bemerken, daß man auch aus sittlichen Motiven eine unsittliche Handlung begehen kann, und daß letztere dadurch den Charakter der Unsittlichkeit nicht verliert. Ebenso unrichtig ist es, daß die Anschauung von der Unsittlichkeit der Abtreibung in der von der Unsittlichkeit des außerehelichen Beischlafes wurzle. Erstere ist ganz unabhängig von der letzteren und hat ihre feste Grundlage im Christentum, in der christlich-ethischen Anschauung, daß jede Vernichtung menschlichen Lebens zu verurteilen sei. Diese heute noch von uns festgehaltene An-

schauung von der Unsittlichkeit der Abtreibung ist der alleinige Grund, aus dem dieselbe auch künftighin zu verbieten ist. Hrehorowicz irrt, wenn er glaubt, es könne eine auf speziell christlicher Anschauung beruhende Strafbestimmung für den heutigen Staat nicht maßgebend sein. Denn noch hat sich Deutschland den Charakter eines christlichen Staates bewahrt.

II. Bezüglich der **strafpolitischen** Frage, ob der Gesetzgeber die Zuwiderhandlungen gegen das von ihm normierte Verbot der Abtreibung auch mit Strafen belegen soll — denn aus der Normwidrigkeit folgt noch nicht die Pflicht des Staates, strafend einzuschreiten —, wird zu untersuchen sein, ob überhaupt Strafbarkeit der Abtreibung mit unseren Anschauungen verträglich ist. Wir halten sie im Allgemeinen für unzulässig; denn nach unseren ethischen Begriffen ist die Abtreibung ein sehr schweres, in hohem Maße strafwürdiges Delikt, welches mit den in unserem Reichsstrafgesetzbuch z. B. statuierten Strafen gerecht, aber durchaus nicht zu streng gesühnt wird. Es wird mit Recht als Verbrechen aufgefaßt und nicht als Polizeikontravention, wie Horch es de lege ferenda behandelt wissen möchte. Sollte einmal eine Neuordnung der Abtreibungsverbrechen eintreten, so darf man wohl die im Reichsstrafgesetzbuch aufgeworfenen Strafen beibehalten, ja höchstens in einigen Punkten schärfen. Vor allem ist anzustreben, daß das Gesetz die Zuchthausstrafe, die auf die Lohnabtreibung Anwendung findet, beibehält, wenn die Tötung der Frucht in Folge eines vom Willen des Thäters unabhängigen Umstandes nicht erreicht worden ist. Auch dürfte es sich empfehlen, im Falle der Lohnabtreibung neben der Freiheitsstrafe eine ausgiebige Geldstrafe zuzulassen, um die Gewinnsucht des Thäters empfindlich zu treffen, wie schon das römische Recht (l 38 § 5D 48, 19) mit den Worten „amissa parte bonorum“ anordnet. Ist die Handlung nicht aus Gewinnsucht erfolgt, so wäre die Zuchthausstrafe dennoch am Platze gegenüber Ärzten, Hebammen und Apothekern wegen der schamlosen Verletzung ihrer Berufspflichten und des groben Mißbrauches ihrer Kenntnisse.

Mehr Gewicht aber als auf die Berücksichtigung derartiger Nebenumstände wäre bei einer Neuredaktion zu legen auf eine genaue und klare Fassung der die Abtreibung behandelnden Strafgesetze und auf eine scharfe Abgrenzung der einschlägigen Verbrechensbegriffe, damit die vielen Streitfragen entschieden werden, zu denen die ungenaue und unklare Fassung der §§ 218—220 des Strafgesetzbuches Anlaß gegeben hat.

Literatur.

Archiv für preußisches Strafrecht. Bd. V. Berlin 1857. S. 201 ff.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1888. S. 509 ff.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II, S. 507 ff.
Blum, Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund. Zürich und Leipzig 1870. § 218 ff.
v. Fabrice, Die Lehre von der Kindsabtreibung und vom Kindsmord. Gerichtsärztliche Studien. Erlangen 1868.
Finkelnburg in Holtzendorff's Rechtslexikon. Bd. III, 1, S. 33 und 34.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2, 1, S. 64 ff. Bonn 1884.
— Zur Auslegung der §§ 218 und 219 des deutschen Straf-Gesetzbuches im Gerichtssaal. Bd. 32, S. 583.
Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1857. § 262 ff.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. III, S. 455.
Horch, Das Verbrechen der Abtreibung. Mainz 1878.
Hrehorowicz, Thaddäus, Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht. Dorpat 1876.
Keßler, Der Gerichtssaal. Bd. 38, S. 529 ff.
Kries, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft. Bd. VII, S. 537 ff.
v. Liszt, Das Reichsstrafrecht. S. 243 ff.
Lueder, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Erlangen 1877. S. 57 ff.
Marezoll, Das gemeine deutsche Kriminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. Ausg. 1856. § 109 ff.
Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erlangen 1875. S. 381.
Mittermaier, Über die Grenzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation. Neues Archiv des Kriminalrechts. Bd. VIII, S. 596.
— Versuch des Verbrechens der Abtreibung. Gerichtssaal VII, S. 1 ff.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1886. Bd. II, S. 785 ff.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1888. S. 499 ff.
Pfizer, Das Verbrechen der Lohnabtreibung. Gerichtssaal Bd. 28, S. 56 ff.
Ploß, Zur Geschichte, Verbreitung und Methode der Fruchtabtreibung. Leipzig 1883.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1877. S. 397 ff.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch. Berlin 1870. § 218 ff.
Rehm, Über die Bestrafung der Abtreibung. Gerichtssaal Bd. VIII. 1856.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874. § 83 ff.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1876. S. 527 ff.
Sontag, Kritische Vierteljahresschrift. Bd. 19, S. 30 ff.
Spangenberg, Das Verbrechen der Abtreibung; Neues Archiv des Kriminalrechts. 2. Bd., S. 1 bezw. 173 ff.
v. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. I. Teil. Stuttgart 1825.
— Über den Thatbestand des Verbrechens der Kindsabtreibung. Gerichtssaal Bd. 29, S. 1 ff.

Ohne jeden wissenschaftlichen Wert: Reich, Geschichte und Gefahren der Fruchtabtreibung. Leipzig 1893 bei Barsdorf.